

アメリカにおけるセクシュアル・ハラスメントに対する使用者責任の新しい動向

竹 川 雅 治

1 はじめに

いわゆるセクシュアル・ハラスメントに関しては、日本でも、福岡セクハラ事件福岡地裁判決を嚆矢としてその後多くの判決が下されたこともあって大きな社会問題として注目され、これまでさまざまな観点から論議が行なわれてきている。最近では1998年には在米日系企業のひとつである三菱自動車製造会社が2年にもわたるセクシュアル・ハラスメントを放置していたことに対して2億3千万ドルで和解をしたという事態が注目されたりしている。また1999年4月1日から施行された改正男女雇用機会均等法は、その21条において「事業主は、職場において行われる性的な言動に対するその雇用する女性労働者の対応により当該女性労働者がその労働条件につき不利益を受け、又は当該性的な言動により当該女性労働者の就業環境が害されることのないよう雇用管理上必要な配慮をしなければならない」と規定し、これを受けて労働省は「職場におけるセクシュアルハラスメント防止のために配慮すべき事項について（指針）」を作成したこともあって、これまで以上に使用者の責任が強く意識されるようになってきている。このため各企業、自治体あるいは大学等の教育現場でも服務規定や行動基準の作成、研修、公衆などを実施するなどしてセクシュアル・ハラスメント対策の取り組みが行われるようになってきている。

使用者責任について、セクシュアル・ハラスメントという言葉の

発祥の地であるアメリカにおいてはすでに1970年代の中頃から多くの議論がなされてきていたが、1998年6月26日にアメリカ合衆国連邦最高裁判所は使用者責任に関する二つの注目すべき判決を下した。この二つの判決(Burlington Industries, Inc. 対 Ellerth事件⁽¹⁾と Faragher対 City of Boca Raton事件⁽²⁾)は、管理職により作出された敵対的環境型セクシュアル・ハラスメントに対して、使用者が代位責任を負うという新しい基準を設けたことから「セクシュアル・ハラスメント法の第2世代⁽³⁾」として非常に重要な意味を持つにいたったのであった。この二つの判決についてはわが国においてもすでに研究がなされており、さまざまな角度から論議されている⁽⁴⁾が、あえてこれを取り上げたのはこの判決がわが国の使用者責任の問題についても大きな示唆を与えてくれると考えられるからである。

本稿においては、まず、アメリカにおけるセクシュアル・ハラスメントの法的規制について概説した後、雇用の場におけるセクシュアル・ハラスメントの形態とその違法性について、そのリーディング・ケースであるMeritor Savings Bank 対 Vinson事件⁽⁵⁾をもとにアメリカ連邦最高裁判所における判断基準について述べることにする。次に違法なセクシュアル・ハラスメントが行われたと認められた場合これに対する使用者の責任が問題となるが、このことについて1998年の上記のBurlington Industries, Inc. 対 Ellerth事件と Faragher対City of Boca Raton事件の二つの最高裁判決を素材として、使用者責任の法理について検討をくわえていくことにする。

2 セクシュアル・ハラスメントの形態と違法性判断について

アメリカにおいては、雇用の場におけるセクシュアル・ハラスメントが、連邦法および州法を問わず性的理由による雇用差別に該当することについては異論がない。雇用差別に対する法的救済を求めする場合、差別を禁止する包括的な州法、あるいは契約責任や不法行為責任などを規制するコモン・ローを根拠として救済を求めうるこ

とができるが、一般的には、1964年の公民権法第7編を根拠に雇用の場におけるセクシュアル・ハラスメントを雇用差別として訴訟を提起されることが多い。

連邦の雇用差別に関する法は、いくつかの法律と1965年の大統領行政命令(Executive Order 11246.)があるが⁽⁶⁾、その中において1964年の公民権法第7編はアメリカにおける雇用差別に関する法体系の中核をなすものである。

公民権法第7編は、多様な条項を含む市民権法の中の一編であるが、その中の公民権法第7編703条⁽⁷⁾は次のように規定する。

「次の各号に該当する場合は、これを不法な雇用行為とする。

- (1) 使用者が、個人の人種、皮膚の色、宗教、性、出身国を理由として、いかなる人に対しても、雇い入れを拒否し、解雇し、あるいは報酬、期間、条件、雇用上の特権に関し差別すること。
- (2) 使用者が、個人の人種、皮膚の色、宗教、性、出身国を理由として、個人としての雇用機会を奪うまたは奪うような方法で、あるいは被用者としての地位に不利に影響するような方法で、被用者または求職者に対し、制限し、差別し、区分すること。」

このように、公民権法第7編は、セクシュアル・ハラスメントについて言及しているわけではないものの、雇用関係におけるあらゆる形態の差別を包括的に禁止しているために、雇用の場におけるセクシュアル・ハラスメントが性差別として構成されるならば公民権法第7編違反となりうると理解されているのである。

セクシュアル・ハラスメントについての的確で有効な定義は容易ではないとされているが、アメリカでは、セクシュアル・ハラスメントを、いわゆる対価型 (quid pro quo) と環境型 (hostile environment) という二つの類型に区分する考え方が定着してきていた。公民権法第7編の執行と違反に対する救済を担当する政府機関である雇用機会均等委員会 (Equal Employment Opportunity Commission, 以下 E. E. O. C. と略称する。) も、性を理由とする差別のガイ

ドライン1604・11条⁽⁸⁾の中で、この二つの類型にしたがって、次のようにセクシュアル・ハラスメントを定義する。

「(a)性に基づくハラスメントは、公民権法第7編703条に違反する。意に反する性的な勧誘、性的な行為の要求、性的な性質を有する言葉ないし身体的な行為が、

(1)かかる行為を受け入れることが、明示的または黙示的に個人の雇用上の条件とされる場合、

(2)個人によるかかる行為の受け入れもしくは拒絶が、個人に影響する雇用上の決定の理由として用いられる場合、

(3)かかる行為が、個人の職務遂行に対して不合理に妨害するあるいは威嚇的、敵対的、もしくは不快な労働環境を作出することを目的あるいは効果を有する場合、

セクシュアル・ハラスメントを構成する。」

E. E. O. C. のガイドラインの(1)および(2)に該当する対価型ハラスメントは、職場での力関係を背景に、性を理由とした動機に基づく意に反する性的要求およびそれに対する拒絶の結果、報復として解雇あるいは降格等の労働条件の変更といった雇用における経済的損失を強いる行為であることから、公民権法第7編の制定以降、同法違反として訴えが提起されてきた。裁判所は、当初、このような性的な要求は加害者の個人的性癖と解して性を理由とした差別的取り扱いとは認めず、公民権法第7編違反として使用者に責任を負わせることはなかった。しかし、1977年、性的関係をもつことを意図とした直属の管理職の誘惑を拒絶したことで、その労働者の職種を廃止したと主張したBarnes 対 Costle事件⁽⁸⁾で、裁判所はこうした事実を認定し、拒絶を理由に職を失ったとする原告の主張を認めた。Barnes v. Costle事件は、裁判所が公民権法第7編に違反するとした行為類型についてのE. E. O. C. の解釈を容認したものであった⁽⁹⁾。

一方、職場での力関係を背景にして、特定の労働者に対してその者の意に反する性的接近、性的行為の要求、およびその他の性的性質を有する言動は、直接的には労働条件や雇用上の地位の変更とい

った雇用における経済的な損失をもたらすものなかったにしても、性を理由とした動機に基づく威嚇的・敵対的な不快な労働環境を強いることになる場合がある。このような労働環境を形成することは公民権法第7編に規定する性差別に該当する、つまりガイドラインの(3)に該当することになる。このような行為がいわゆる環境型ハラスメントと呼ばれるものであるが、このような環境型ハラスメントは、対価型ハラスメント訴訟と異なって、性を理由とした動機に基づく威嚇的・敵対的な不快な労働環境の形成と解雇とか降格といった雇用上の不利益と直接的に関連しないこともあって、当初、裁判所は環境型ハラスメントについて雇用差別を訴訟原因とする訴えに否定的であった。しかしながら、1980年代に入って、多くの下級裁判所では、雇用上の不利益と直接結びつかない環境型ハラスメントについても、公民権法第7編に基づく適法な訴訟原因を構成するという解釈がしだいに多くなってきたのであった⁽⁴⁰⁾。このような下級裁判所の見解を明確に支持をしたのが、1986年のMeritor Savigs Bank 対 Vinson事件最高裁判決であった。

Vinson事件の概要は次の通りである。原告(M. Vinson)は1974年からMeritor Savigs Bankに勤務し、金銭出納係見習、係員、主任そして支店長補佐へと順次昇進していったが、1978年に病気休暇の取りすぎを理由に解雇された。そのため原告は銀行に勤務していた4年間に原告の上司で支店長であるS. Taylorから繰り返しセクシュアル・ハラスメントを受けていたとして公民権法第7編違反を理由にS. Taylorと使用者であるMeritor Savigs Bankを訴えた事件である。

法廷意見を書いたレーンキリスト最高裁長官(C. Justice W. H. Rehnquist)は、経済的な性質を有する具体的な不利益をもたらす雇用上の行為のみが公民権法第7編に基づく訴訟原因となるとする上告人の主張を認めなかった。そして公民権法第7編に定められた条文は経済的あるいは雇用上の差別に限定されないとして、職場での心理的な状況を意味する敵対的な不快な労働環境を形成するような

セクシュアル・ハラスメントも公民権法第7編に基づく訴訟原因となりうるとしたのであった。このようなMeritor Savigs Bank 対Vinson事件における最高裁判所の判決は、E. E. O. C.や下級裁判所でさまざまな見解が出されて論議されてきたいくつかの問題に対して、最高裁判所として統一的な判断基準を示すという点で大きな意義を有するものであった⁽¹¹⁾。

その一つ目は、E. E. O. C.の解釈やそれに対する下級裁判所における判断などで混乱していた環境型セクシュアル・ハラスメントの違法性について、侮蔑的な労働環境を招来させるような重大もしくは蔓延したものでなければならぬとして、最高裁判所が違法性の基準を明確にしたことである。「ハラスメントと記述されるような職場内での行為のすべてが、公民権法第7編にいう雇用の『期間、条件、特権』に影響を与えるものではない。……(労働者に不快な感情を生じさせる単なる民族的なあるいは人種的な言葉を単に口にするだけでは、公民権法第7編違反となるに十分な程度の雇用条件に影響を与えない。)……なぜなら、起訴しうるセクシュアル・ハラスメントは、(被害者の)雇用条件を変更し、かつ侮蔑的な労働環境を引き起こすほど十分に重大もしくは蔓延(sufficiently severe or pervasive)したものでなければならぬからである⁽¹²⁾。」と最高裁は判示した。

二つ目は、環境型セクシュアル・ハラスメントの違法性は、望まないものであるか否かにより判断されることを示したことである。「あらゆるセクシュアル・ハラスメント訴訟での要点は、申立てられた性的な接近行為が『望まない』(unwelcome)ものであったということである。……正しい判断は、申立てられた性的な接近が望まないものであったかどうかであり、当事者間における性的な関係が任意に基づくものであったかどうかではない⁽¹³⁾。」と判示した。

三つ目は、使用者責任について論じたことである。しかしこのことについて判決は、上司である管理職のハラスメントについて、使用者が自動的に責任を負うことには否定したけれども、それ以外の

ことについては確定的な判断をしなかったのであった。このことから、Meritor Savigs Bank 対 Vinson事件判決は従来から論議されている公民権法第7編違反の成否について一定の判断枠組みを呈示したが、なにが敵対的で不快な労働環境を構成するかということについては明確な定義をしなかったと批判され、このことがその後、下級裁判所において、法的規制の対象とならないハラスメント行為と敵対的威嚇的なハラスメント行為との間の線引きに関する、さまざまな論争の始まりを意味することとなったのである⁽¹⁴⁾。

最高裁判所判決は1993年のHarris 対 Forklift System Inc. 事件⁽¹⁵⁾において、Meritor Savigs Bank 対 Vinson事件が残したこのような問題のいくつかについて解決に向けての一定の基準を提示した。

この事件はForklift System Inc. 社の社長による、管理職にある女性に対してなされた女性であることを理由とした性的な中傷および性的な屈辱感や嫌悪感を抱かせる侮蔑的な言動が、敵対的・侮蔑的な労働環境を作り出したとし、これが公民権法第7編に規定する性差別となるとして訴えた事件である。Harris 対 Forklift System Inc.

事件判決で提示されたものは、職場における上司の部下に対する不快な性的言動が、どの程度であれば「重大もしくは蔓延したもの」として公民権法第7編違反となる敵対的・侮蔑的な労働環境に該当するかという違法性判断のための枠組みに関するものであった。

このことについて、法廷意見を書いたオコナー裁判官(S. D. O'Connor)は、不快な感情を招来せしめる口汚い言葉を単に発しただけでは労働条件に重大な影響を及ぼすということにならないとする。その一方で、違法性判断の基準として、従来から論じられてきたセクシュアル・ハラスメント被害者に精神的な支障(a nervous breakdown)が存しなければならないという要件は採用しなかった。そして、公民権法第7編は「人の精神的安定(a reasonable person's psychological wellbeing)に重大な影響を与える行為を禁止しているが、そのような行為に限定していない。労働環境が、敵対的または侮蔑的なものであると合理的に認められる限り、精神的損害は要件

とならない⁽¹⁶⁾。」として、環境型ハラスメント訴訟において、ハラスメントとされる行為によって、被害者が無形の精神的被害(a tangible psychological injury)を被ったことを立証することまで要求していないと判示したのであった。次に、環境型ハラスメント訴訟における違法性判断のための具体的基準として、敵対的・侮蔑的労働環境は、そのセクシュアル・ハラスメント行為が、客観的に、つまり一般通常人からみて(判決は“reasonable person”といっている)、敵対的で侮蔑的な環境でなければならないばかりでなく、被害者本人が、主観的に敵対的で侮蔑的な労働環境になったと認識しなければならないとしたのであった。

このようにHarris 対 Forklift System Inc. 事件の最高裁判決は、違法性判断基準に客観性と主観性の二つの基準を導入したが、敵対的労働環境にあるかどうかの判断については「数学のような正確なテストではないし、その性格からもできない。……環境が敵対的あるいは侮蔑的であるか否かは、全体的な事情を検討することによって判断すべきである。これには差別的な行為の頻度や程度(severity)、つまり身体に対する威嚇ないし侮蔑であるかあるいは単なる不快な言動であったかどうか、および被用者の職務遂行を不合理に妨害されたかどうかということが含まれる⁽¹⁷⁾」と、オコナー裁判官も述べているように、一般通常人(reasonable person)という性的には中立的用語を用いて論じているものの、必ずしも公民権法第7編に違反する性差別行為とする基準ないし指標を明確にしたとはいえない。したがってセクシュアル・ハラスメント訴訟に関しては、従来のreasonable personという定義が妥当するか問題であるし、また男女の感受性の違いや職場における現実の状況なども考慮する必要があると指摘もされているのである。

3 管理職による違法なハラスメント行為に対する使用者の責任

(1) E. E. O. C. のガイドラインによる使用者の定義とその責任の

範囲

公民権法第7編は、性を理由とする雇用上の差別的取扱いを違法な雇用慣行として、その禁止を使用者に義務付けている。公民権法第7編は使用者の定義について、「使用者という語は、当該年度または前年度において、20週間以上の毎労働日に労働する15名以上の被用者を有する、通商に従事する者、およびその者のあらゆる代理人(any agent)を意味する」と規定する⁽¹⁸⁾。このように公民権法第7編にいう「使用者」であるかどうかは、被用者の数とその雇用日数によって決定されることになるが、公民権法第7編は、上に述べた使用者の定義規定を置くのみで、使用者の責任に関する具体的な規定を定めていなかった。こうしたことから、公民権法第7編の執行と履行の機関であるE. E. O. C.はガイドラインを策定し、使用者、その代理人、監督権限のある被用者(supervisory employee)のセクシュアル・ハラスメントに対する使用者の責任について次のように規定したのであった⁽¹⁹⁾。

「公民権法第7編の原則が適用されるならば、使用者自身およびその代理人ならびに監督権限のある被用者(supervisory employee)のセクシュアル・ハラスメント行為に関して、申立てられたかかる行為が使用者によって授権されているか、もしくは禁止されているかどうかにかかわらず、あるいは使用者がかかる行為の発生を知っているか、または知るべきであったかどうかにかかわらず、使用者は……責任を負う。」

このガイドラインは、使用者の責任の範囲を広範に画定することでセクシュアル・ハラスメント被害者の救済を容易にしたいとする監督官庁としてのE. E. O. C.の立場を反映したものであるが、従来コモン・ローのを根拠にして使用者責任の範囲の確定を図ろうとしてきていた連邦裁判所の解釈基準とも異なるものとなっていたのである。

(2) Meritor事件判決における使用者責任のとらえ方

Meritor事件は、前述したようにいわゆる対価型セクシュアル・ハラスメントばかりではなく、侮蔑的な労働環境を作り出すほどハラスメントが十分な重大かつ蔓延しているいわゆる環境型セクシュアル・ハラスメントであっても公民権法第7編違反となるとして、セクシュアル・ハラスメントの違法性の判断基準について一定の判断を下した最高裁判所の最初の判断であった。しかしこの対価型と環境型という区別は、公民権法第7編違反の成否の判断との関係で論じられたものであって、管理職にある者が部下に対して行う性に基づく差別的な取扱いに対して使用者がその責任を負うかどうかについて論ぜられたものではなかった。このことからMeritor事件の法廷意見は、使用者責任に関して訴訟記録の状況から事実認定に不明な点があるとして、使用者責任に関する明確な準則は提示せず、使用者責任についてコモン・ロー上の代理の法理からの検討が必要であるがこれがなかったこと、および当該事件の状況を審理することなく管理職の行為に対して使用者に絶対責任を押し付けることは誤りであるとして、更なる審理をつくすために控訴裁判所に差し戻したのであった。しかしながら法廷意見は、その一方で使用者責任の準則に代理法の原則を導入すべきであるとするE. E. O. C.の主張をもとに、使用者責任に関する一般的な原則を明らかにして次のように判示した。

「議会が裁判所に対してこの領域（セクシュアル・ハラスメントに対する使用者責任のこと＝筆者注）に関して代理原則(agency principles)を指標とすることに期待を寄せていたとする雇用機会均等委員会とわれわれは同意見である。代理に関するコモン・ローの原則が公民権法第7編のあらゆる項目に移し変えられないが、使用者のあらゆる『代理人』を含むと使用者を定義した議会の決定、42 U. S. C. 2000e(b)条、は、公民権法第7編の下で使用者が責任を負わされることになる被用者の行為を限定しようとした意図を示して

いる。この理由により、管理職によるセクシュアル・ハラスメントについて使用者が常に自動的に責任を負う結論づけた控訴裁判所は誤りであると判示する。……同じ理由から、使用者への告知がなかったことは必ずしも使用者の責任を免ずるものではないのである⁽²⁰⁾。」

要するに、Meritor事件の法廷意見は、後に述べるEllerth 対 Burlington事件の控訴審判決で述べられているように、使用者は自動的にあるいは絶対的に管理職の行為に責任があるとする極端な見解と、苦情処理手続や差別禁止規定の存在が使用者を免責するに十分であるとする極端な見解の二つの極端な考え方を排斥したものの、前述したように使用者責任に関してコモン・ロー上の代理の法理が適切であるとするだけで、使用者責任に関する明確な準則を提示すべきであるという当事者の要請を回避し、明確な準則を確立しなかったのであった。

この問題は、次に述べるBurlington Industries, Inc. 対 Ellerth事件とFaragher 対 City of Boca Raton 事件において検討され、Meritor事件での最高裁判決が回避した使用者責任のとらえ方について、最高裁判所が一定の準則を提示することになるのである。

(3) Burlington Industries, Inc. 対 Ellerth事件、Faragher 対 City of Boca Raton事件における使用者責任のとらえ方。

① 二つの事件の概要

両事件判決を考察する前に、事件の内容を概説しておくことにする。

（Burlington Industries, Inc. 対 Ellerth事件の事実の概要）

エラース(Kimberly B. Ellerth原告、被上告人)は、1993年から1994年までバーリントン社(Burlington Industries Inc. 被告、上告人)のシカゴ支店の販売員として雇用されていた。エラースは、在職中に彼女の直属の上司であるスローヴィック(Ted Slowik)から度重なる不快な言動によるセクシュアル・ハラスメントを受けていたと主張

する。スローヴィックはシカゴ支店の営業部門の一つで副主任を務めていたが、彼はバーリントン社の管理職階層の中では中間管理職の立場にあり、彼が直属する上級管理者の承認のもとで部下の採用や昇進についての決定権を有していた。スローヴィックの言動にはエラースが何らかの性的な要求を拒んだ場合に報復的な措置を行なうという脅しが多数見られたが、こうした報復的な脅しは現実には実現されなかった。またバーリントン社は社内にセクシュアル・ハラスメントに対処する苦情処理機関を設けていた。エラースもこのことを知っていたが、スローヴィックのセクシュアル・ハラスメント行為については苦情処理機関の誰にも報告していなかったのである。1994年10月、エラースは直属の上司によるセクシュアル・ハラスメントにより退職せざるを得なくなったとして、使用者であるバーリントン社を公民権法第7編に違反するとして提訴した。

第1審は、スローヴィックの行為は敵対的な労働環境を作り出すのに十分重大かつ徹底したものであったと認定したが、バーリントン社に対する使用者責任に関しては、過失原則を適用し、使用者であるバーリントン社はスローヴィックのこうした行為を知らなかったし知るべきであったとはいえないし、またエラースが社内の苦情処理手続を利用していなかったとしてエラースの請求を棄却した。

第2審(第7連邦控訴裁判所)は、スローヴィックの行為の大部分は職場で、勤務時間に行われており、その対象は彼が実質的な雇用上の権限を発揮することができる被用者に対して向けられたものであることから、昇進その他の経済的な不利益を受けなかったとしても、対価型ハラスメントの範疇にはいるとした。そしてバーリントン社は管理職であるスローヴィックにエラースの業務の管理および採用や昇進に関与する権限を与えていたのであるから、エラースに対する対価型ハラスメント行為の要求はバーリントン社での地位と関連しているとする。そしてThe Restatement (Second) of Agency 219条を拠り所として、管理職によるこのようなハラスメント行為に対する使用者責任の適切な基準は過失に基づくものではなく、注意義

務を構成要素としない代位責任であると判示したのであった⁽²¹⁾。

（Faragher 対 City of Boca Raton 事件の事実の概要）

ファラガー（Beth A. Faragher 原告、上告人）は、1985年から1990年までボカ・ラトン市（City of Boca Raton 被告、被上告人）の海難救助隊の救助員としてパートタイムで勤務していた。そこを退職した後に、ファラガーは在職中に直属の上司であった2人の男性テリー（Bill Terry）とシルヴァーマン（David Silverman）からセクシュアル・ハラスメントを受けたとして、公民権法第7編に基づきその使用者であるボカ・ラトン市に対して名目的損害賠償その他の救済を求めて訴訟を起こしたのである。

ファラガーの主張は、ボカ・ラトン市の海難救助隊に在職中に、直接の上司であるテリーとシルヴァーマンが、ファラガーを含む女性救助隊員に対して繰り返しいやな望まない不快な接触をしたり卑猥な発言がおこなわれ、それによって不快な敵対的労働環境を作り出したこと、およびテリーとシルヴァーマンは彼らの上位管理職の承認のもとで、隊員に関する一定の人事権を持っておりまた救助隊員に対する管理監督の権限も有していたことから、このような管理監督の権限を有している管理職は市の代理人であり、管理職によって為されるセクシュアル・ハラスメントによる敵対的な労働環境に対して使用者であるボカ・ラトン市は責任があるというものであった。なおファラガーを含む女性救助隊員らは、こうした管理職のセクシュアル・ハラスメント行為についてボカ・ラトン市の上位の役職者には通告をしておらず、現場の別の管理職とは相談をしたもののその者は市の役職者には通告していなかった。一方被告であるボカ・ラトン市は、1986年にセクシュアル・ハラスメントに対する内部規程を制定した（1990年に修正）けれどもこの規程は市の一部の職員しか配布されなかった。海難救助隊にはこの規程が配られなかったことから隊員はセクシュアル・ハラスメントに対する内部規程の存在を知らなかった。

第1審で、ボカ・ラトン市は2人の管理職はその管理職権限の範

囲内で行ったという証拠および市との代理関係の存在によってセクシュアル・ハラスメントを手助けしたという証拠はないと主張したが、連邦地方裁判所は、ボカ・ラトン市は管理職のいやがらせを知っていたあるいは知り得たとみなされるとし、またコモン・ローにおける代理の法理の下、2人の管理職は市の代理人としての立場で行動したと認定して使用者責任を負うと判示した。

これに対して第2審(第11連邦控訴裁判所)は、Meritor事件判決およびThe Restatement(Second) of Agency 219条に依拠して、直接の管理職であるテリーとシルヴァーマンがハラスメント行為を行っていたときは、職務の範囲内の行為ではなかったこと、ボカ・ラトン市との代理関係の存在は彼らのハラスメントを手助けするものではないこと、そのハラスメント行為が重大であることないし他の管理職が知っていたことを理由に、黙示の同意(constructive knowledge)があったとして市に責任を負わすことはできないと判示し第1審判決を破棄したのであった。

② Burlington Industries, Inc. 対 Ellerth事件の最高裁の判断

最高裁判所(Anthony M. Kennedy判事による法廷意見)は、「公民権法第7編(42 U. S. C. A. Sec. 2000e)の下、管理職による望まないかつ威嚇的な性的誘惑(the unwelcome and threatening sexual advances of supervisor)を拒否した被用者は、これにより雇用上の不利益な結果を被っていない場合であっても、管理職の行為につき使用者の過失を証明することなし使用者に対して損害の賠償を請求することができる。しかしこの場合使用者は積極的抗弁(an affirmative defense)を発動することができる⁽²⁾」と判示して、第1審の連邦地裁の判決を破棄した第7連邦控訴裁判所の判決を支持したのである。

(a) 使用者責任の判断基準について

Ellerth事件の法廷意見は、セクシュアル・ハラスメントに関する

対価型と環境型という区別に関し、対価型と環境型という用語は、脅迫的な言動が現実に行われた場合とそれが行われない場合の境界を示すものとしてMeritor判決において限定された目的で使われたものであって、この区別は特定の被用者への差別に対して使用者責任を負わせるために論じられたものではなかったと述べる。さらにMeritor判決はこの区別を使用者責任を負わせるために検討したものではなかったが、対価型ハラスメントと認定した場合に使用者は代位責任を負うと判示したことから、公民権法第7編に基づいて訴訟を提起した原告に対して裁判において対価型ハラスメントの主張を奨励することとなったと最高裁はいう。そしてこのことが使用者責任の限界を押し広げていく圧力となり、その結果、対価型ハラスメントと代位責任とは同義語であるということがMeritor事件判決によって明らかになったと論ずるのである。こうした前提に立って法廷意見は、セクシュアル・ハラスメントに関する対価型と環境型という区別は、公民権法第7編が禁止する違法な性に基づく雇用差別を構成するか否かを明らかにするいわば入り口の問題として重要なものではあるが、使用者責任を判断する場合に対価型と環境型に区別して検討することは適切でないとし、公民権法第7編に違反する差別が証明されたと判断すれば、以後われわれが論ずるものは対価型ハラスメントか敵対的労働環境型ハラスメントかという問題ではなく、代位責任の問題に収斂されることになるという。そしてEllerth事件の核心は「性を理由として部下の労働条件を変更しようとする脅迫により管理職が敵対的な労働環境を作出した場合、その脅迫が実現しなかった場合にも使用者は代位責任を負うかどうかを判断することである⁽²³⁾」と述べる。

(b) 被用者の不法行為に対する代位責任について

Ellerth事件の法廷意見は被用者の不法行為に対する使用者の代位責任を負うかどうかを判断するについて、Meritor判決で公民権法第7編に基づく裁判にコモン・ローの代理法の原則が適用できるこ

とを明らかにしていること、および公民権法第7編のもとで「使用者」という用語は「代理人(agent)」を含むものとして定義づけられていることなどから、コモン・ロー上の代理法の原則に基いて使用者の代位責任の問題を判断していくのが適切であると述べる。そこで法廷意見はThe Restatement(Second) of Agency(1957)を参考に、コモン・ロー上の基いて使用者に代位責任を課す要件について検討を行なったのであった。

代理法の原則では職務の範囲内での被用者の不法行為に対して使用者は代位責任を負うことになる。しかし一般的に、セクシュアル・ハラスメントをする被用者は自己の性的な願望を満たすという個人的な動機で行為するものであって、使用者の業務目的とは無関係なものであるからこのようなハラスメント行為は職務の範囲内の行為ではないということになる。コモン・ロー上の代理法の原則では、当該不法行為が職務の範囲外で行なわれた行為については原則として使用者に責任を負わすことはできないことになっているため、管理職によるセクシュアル・ハラスメント行為に対して使用者に代位責任を負わすことができないことになる。しかしながらには他方、コモン・ロー上の代理法の原則における使用者責任について、その行為が職務の範囲にあるか否かだけによって判断されるものではない。代理法の原理は、一定の要件の下で、被用者の不法行為が職務の範囲外であっても使用者に代位責任を課しているのである⁽²⁴⁾。

Ellerth事件の法廷意見はこのコモン・ロー上の代理法の原則に着目をしたのである。

The Restatement(Second) of Agency (1957)はその219条2項において被用者の職務の範囲外における行為に対して使用者が責任を負う場合を次のように列挙する。被用者の行為が、①使用者の故意または過失に基づいてなされた場合、②使用者の他人に委譲できない義務に違反した行為である場合、③表見上の権限に基づき行使した場合、④代理関係の存在に助けられて行為した場合である。法廷

意見は①と②については使用者の直接責任であるとし検討から除外をする。③については有していない権限を有しているかのように偽って行使する場合に適用するものであって、管理職のセクシュアル・ハラスメント事件は現実の権限の誤用から生ずるものであるとして除外をした。こうして判決は使用者によって賦与された権限に対する代理人の誤用を根拠に代位責任を負わす場合の根拠としては the Restatement(Second) of Agency (1957) 219条2項(d)の「被用者が不法行為を為すにあたり代理関係の存在によって助力される場合」という準則が適切であるとし、代理関係の存在に助けられて被用者がセクシュアル・ハラスメントを行なった場合、原則として使用者は代位責任を負わなければならないとしたのである。

(c) 使用者の代位責任の限定について

法廷意見は、代理関係の存在に助けられて被用者が不法行為を行なった場合、使用者は自らの過失が存在しなくても原則として使用者の代位責任を負うとの結論をとった結果、使用者は代価型であろうが敵対的環境型であろうがそのハラスメント行為に対して、無過失責任的な使用者責任を負わざるをえなくなる。しかしこうした結果は、使用者の責任を限定的に判断してきたこれまでの裁判例にも Meritor判決にも、また E. E. O. C. の政策目標とも矛盾することになる。そこで判決は「現実の雇用上の行為(the significant, tangible employment action)」という概念を導入することによって、代理関係の存在に助けられて不法行為を行なった被用者の使用者の代位責任を限定することにしたのである。

部下に対して解雇、降格、配置換えといった雇用上の不利益な行為が行なうことができるのは、管理職にこうしたことを可能にする特別な権限があるからであり、管理職の管理下にある被用者の雇用上の行為を決定する代理人として、使用者がこのような権限を管理職にある者に賦与しているから、代理関係の存在という理由により代位責任を負わせることについては異論はないということになる。

しかし現実に雇用上の不利益な行為が行なわれなかった場合、管理職によるセクシュアル・ハラスメントを代理関係が助力しているどうか必ずしも明確ではないことから「代理関係の存在に助けられて」とするこの準則を直接に適用し、使用者に代位責任を課すことには問題があると考えたのである。そこで判決は「被用者に直接(あるいはそれらより上位)の権限を有する管理職によって作出された違法な敵対的な労働環境の被害を受けた被用者に対して使用者は代位責任を負う」と判断しながら、この場合「(a)使用者がセクシュアル・ハラスメント行為についての防止および是正のために合理的な措置を講じたこと、(b)原告被用者が合理的な理由なく使用者によって設置された防止ないし是正の機会を利用しなかったあるいは別の方法によって被害を回避をすることをしなかったこと」を証明する新しい証拠を提出する積極的抗弁をなすことによって、被告使用者は損害および代位責任を回避できると判示したのであった⁽²⁵⁾。

③ Faragher 対 City of Boca Raton 事件の最高裁の判断

法廷意見を書いたスーター裁判官(Justice Souter)は、敵対的労働環境を作出したとされる直属の上司のセクシュアル・ハラスメントを雇用差別として公民権法第7編により使用者責任を問えるかどうかについて、「使用者は、管理職によって為された訴訟可能な差別に対して、代位責任を負うことになるが、使用者の行為に合理性が認められたならば積極的抗弁が認められる⁽²⁶⁾」と判示して、第1審判決を破棄した連邦控訴裁判所(第11巡回区)の判決を破棄した。

(a) 使用者責任の判断基準について

法廷意見はまず、Meritor事件やHaris v. Forklift System Inc.事件の最高裁判決をもとに、公民権法第7編が禁止する範囲は経済的な現実の雇用上の差別行為だけに限らず、雇用条件を変えるほどの侮蔑的な労働環境を作出するセクシュアル・ハラスメントも禁止されることを繰り返し明らかにしてきたと述べる。また裁判ではハラ

メント行為が侮蔑的な労働環境を作出していたかどうかが問題となったために、訴追されるべき侮蔑的差別的環境の作出に対して使用者の責任を問うことについて明確な基準を確立してこなかったとする。

こうしたことを前提にして、前述のBurlington Industries, Inc. 対 Ellerth事件判決と同様、Meritor事件をもとに使用者責任の帰責基準は代理原則が適切であると述べる。そして代理人を含むとする公民権法第7編の使用者の定義は、使用者責任の基準を論ずる際に伝統的な代理法原則を考慮するという議会の意思を表しているとし、the Restatement (Second) of Agency 219条を引用して判断をすると判示したのであった。

(b) 被用者の不法行為に対する代位責任について

このことについて法廷意見は、まず管理職のセクシュアル・ハラスメントについて「職務の範囲(the scope of employment)」の観点から論じる。そして従来 of 裁判例ではハラスメント行為を使用者の目的のために行うものでなく、「個人的な悪ふざけ(frolic and detour)」と捉えて職務の範囲外の行為であり使用者に代位責任はないと判断をしてきていると述べる一方で、公民権法第7編と関係しない領域の訴訟では、使用者の利益という目的をもたない故意的不法行為に対して職務の範囲を広く解釈をし使用者に代位責任を負わせる判例が多くなっているとも指摘する。こうした状況を前提にして、職務の範囲の問題は事実認定の問題ではなく法律上の問題であり、The Restatement (Second) of Agency (1957) 219条に定められた不確定で順応性のある要件を機械的に適用するのでなく、「被用者の行為から生ずる損失は企業によって負担されるべき通常の危険の一つと考えることが正しいか否か」ということにより判断されるべきであるとする。そして今日のアメリカの職場における実態からみると、使用者はセクシュアル・ハラスメント行為が生ずる可能性を合理的に予測でき、企業に経営上のコストの一つとして使用者

に負担を割り当てることが正当化されるかもしれないとも述べる⁽²⁷⁾。しかしながら、法廷意見は公民権法第7編制定の際、議会が裁判所に対し職務の範囲内の行為と職務中の悪ふざけの行為との区別を無視すること求めたとするにはその根拠がないこと、および地方裁判所や控訴裁判所におけるほとんどの判決で、セクシュアル・ハラスメント行為を職務の範囲外としてきたという判断を考慮して、結論としては「職務の範囲」に焦点をあわせて管理職のハラスメント行為に対する使用者責任の判断を行なわなかったのである。さらに、敵対的な労働環境を作出する被用者の行為に対してそのコストを経営上のコストの一つとして使用者に負担を割り当てるとした場合、管理職にある被用者と一般の被用者と同じ理論が適用されることになるのではないかという見解に対して、法廷意見は管理職にある者と一般の被用者の職務範囲に明確な相異が存在することを理由にこれを否定する。そして代理関係から賦与された特定の権限から生ずる不法行為に対して使用者が代位責任を負うかどうかの問題であるから、管理職権限の誤用という観点から検討されるべきであると判断したするのである。

法廷意見は、前述のBurlington Industries, Inc. 対 Ellerth事件判決と同様、管理職のセクシュアル・ハラスメントを職務の範囲外とし、かつ「代理関係の存在が助力する」というRestatement (Second) of Agency (1957) § 219(2)(d)の規定が、使用者の代位責任を決定する場合の適切な出発点になると判断したのであった。そして管理職は使用者の代理人として、採用・解雇・業務の決定などに関する管理監督という特別な権限を有しているためにハラスメント行為が容易に為すことができ、部下はそうした代理関係にともなった管理職権限の誤用に対する抵抗が困難となっていること、使用者は代理関係から生ずるこうした特別な権限を持つ管理職を選任し、訓練し、彼らの職務を監視する機会と誘因を持っていると論じる。そして法廷意見はこれらの理由から、使用者はこのような代理関係の存在にともなう管理職の職務権限の誤用に対して代位責任を負うと判

示したのであった⁽²⁸⁾。

(c) 使用者の代位責任の限定について

管理職の権限により助力を受けた管理職の不法行為に対して使用者が代位責任を負うとする立場は、管理職のハラスメントに対し使用者は自動的に責任を負うものではないとするMeritor事件判決と矛盾することになる。そこで法廷意見はその整合性をはかる必要性から、二つの使用者の免責方法を提示する。一つは管理職の権限について積極的な権限発動の存在を証明する方法であり、もう一つは、使用者に積極的抗弁を認めるという方法である。前者については、実際の企業経営上の行動を考えた場合管理職が積極的な権限行使をしたのかそれとも暗黙の権限行使なのか、その判断は必ずしも容易に行なえるというものではないこと、そしてこのことが濫訴の誘因となるとしてこの免責方法は採用しなかった。最終的に法廷意見は、Burlington Industries, Inc. 対 Ellerth事件判決と全く同様の、二つの要件からなる積極的抗弁を使用者に認めて免責をするという方法を採用したのであった。そしてこの積極的抗弁による免責の方法は、使用者にセクハラ防止と是正を求める誘因ともなり被用者がそれを利用することで訴訟を回避できることから公民権法第7編の基本政策にも合致し、また被用者が合理的理由なく回避義務をとらなかったならば損害賠償が軽減されるということはコモンロー上の原則にも適合すると述べるのである⁽²⁹⁾。

4 二つの判決にみる使用者責任に関する最高裁の判断について

いわゆる管理職による環境型セクシュアル・ハラスメントが公民権法第7編に違反する雇用差別になりうることは、1986年のMeritor判決において是認されている。管理職による違法なセクシュアル・ハラスメントが行なわれたと認定された場合、次に使用者はどのような場合に責任を負うか、使用者の責任をどう考えるかについて問

題となる。管理職による環境型セクシュアル・ハラスメントに対する使用者の責任については、これまでにさまざまな連邦裁判所やE. E. O. C. などでも論じられきていたが、すでに述べたようにこれらのことについて最高裁判所はMeritor判決において使用者責任の基準の大枠を述べるにとどまりその明確な判断基準を示すことを回避してきたのである。

1998年6月26日に下されたBurlington Industries Inc. 対 Elleth事件と Faragher 対 City of Boca Raton事件の二つの最高裁判決は、管理職によって作り出されたいわゆる環境型セクシュアル・ハラスメントに対する使用者責任に関して、Meritor 判決が積み残した問題についていくつかの新しい基準を明確に提示したことに大きな意義を見出すのである。その一つは、使用者責任の基準について、従来の対価型ハラスメントと敵対的労働環境型ハラスメントとに区別して論ずることをせずに、代位責任の問題として統一的に捉えて判断をしていくということを明確にしたことである。二つ目として、したがって管理職のセクシュアル・ハラスメントに関して「現実の雇用上の行為(the significant, tangible employment action)」という概念を導入し、セクシュアル・ハラスメントを「現実の雇用上の行為を伴うもの」と、「現実に雇用上の行為が伴わないいわゆる敵対的労働環境を作出するもの」とに区分し、そのいずれにも使用者の代位責任を負わしたことである。そして三つ目として、現実に雇用上の行為が伴わないいわゆる敵対的労働環境を管理職にある者が作出したセクシュアル・ハラスメント場合に、被告使用者は、その損害および責任について証拠の優越を証明することによって積極的抗弁を行うことによって代位責任が免ぜられることを明らかにしたことである。

以下これらのことについてさらに検討する。

(1) 使用者責任の基準について

最高裁は管理職のセクシュアル・ハラスメントに対する使用者責

任の基準を対価型と敵対的労働環境型という区別からでなく、代位責任の問題として判断をしていくということを明確にしたのであった。従来から行なわれていた管理職にある被用者のセクシュアル・ハラスメントに対する使用者責任についての判断方法はセクシュアル・ハラスメントがどのタイプであるかによって検討され、それぞれ異なった基準で使用者に対してその責任を負わしていたのである。いわゆる対価型セクシュアル・ハラスメントが行なわれたと認められた場合、不法行為法上の厳格責任(strict liability)主義をとる代位責任の法理を適用して使用者責任を課すことについてはほぼ一致していた。これに対して、管理職によるセクシュアル・ハラスメントが敵対的労働環境型ハラスメントを構成する場合の使用者責任については、裁判所の見解はさまざまであった。たとえば前述したようにEllerth事件の控訴審での多数意見は代位責任としているものの、不利益な行為が行われたか否かにかかわらず管理職の脅迫は明らかな労働侵害であり対価型セクシュアル・ハラスメントであるとか、あるいは対価型セクシュアル・ハラスメントでなくても代理原則から代位責任を負わすことができるとするなどその理由はさまざまであったし、少数意見にあっても雇用条件が変更される場合は代位責任であり脅しである場合には使用者の過失責任を問題とするという見解やすべて過失基準によるべきであるという見解などが出されている⁽³⁰⁾。こうした状況を前提にして最高裁は、対価型セクシュアル・ハラスメントが認められると代位責任が適用されることから、多くの公民権法第7編による訴訟で原告は当該ハラスメント行為が対価型であると主張した結果、対価型であるか否かが争点となり対価型セクシュアル・ハラスメントの範囲を拡大する圧力となり、対価型ハラスメントと判断されれば使用者の代位責任が肯定されるために、対価型ハラスメントと代位責任は同意語となったという。したがって対価型と環境型にセクシュアル・ハラスメントを区分するのは公民権法第7編違反を構成するかどうかという「入り口の問題」に留め、使用者責任の問題は対価型と敵対的労働環境とい

うカテゴリーの問題ではなく、管理職による違法なハラスメントが行われた場合、使用者は代位責任を負うかどうかの問題に収斂されるとしたのである。解任や降格など不利益をもたらす雇用上の行為が実行されていなくても、管理職によって作出された敵対的な労働環境の被害者に対しては使用者は代位責任を負うとした判決は、管理職の非違行為に対して同一のそして予測可能な責任基準を示したものであるが、それは同時に、代償としての不利益な雇用上の行為が実行されていない場合であっても、なぜ使用者が責任を負わなければならないのかということに対する明確な法的根拠を示す必要があった。そこで判決は使用者が代位責任を負うかどうかについてThe Restatement(Second) of Agencyを参考にしてその判断基準を検討したのである。この理由は、公民権法第7編に規定する「使用者」に代理人が含まれていること、Meritor最高裁判決がコモン・ローの代理法理に依拠して考えるべきであるとしたことなどがあげられるのである。

使用者の代位責任についてThe Restatement (Second) of Agency (1957) はその219条で次のように規定する。

- (1) 使用者は、職務の範囲内で行為した間に生じた被用者の不法行為に対して責任を負う。
- (2) 使用者は、以下の場合を除き、職務の範囲外で行為した間に生じた被用者の不法行為に対して責任を負わない。
 - (a) 使用者が故意にその行為ないし結果を意図した場合。
 - (b) 使用者の過失ないし無謀の結果であった場合。
 - (c) 当該行為が他人に転嫁できない義務に違反するものであった場合。
 - (d) 被用者が本人のためにする言動を為し、かつそれが表見上の明白な権限に基づいている場合、ないし被用者が不法行為を為すにあたり代理関係の存在によって助力される場合。

The Restatement (Second) of Agency (1957) のこのような規定は、被用者の不法行為に対してはコモン・ロー上において「職務の

範囲内」はもちろんのこと、219条2項の各号に該当したならば、被用者の不法行為が「職務の範囲外」において行なわれたとしても使用者はその行為の責任を負う場合があることを明らかにしている。こうしたことからこの二つの最高裁判決は、管理職の立場にある被用者の不法行為に対する使用者の責任の問題を「職務の範囲」の有無という点から検討するのではなく、管理職の有する「職務権限」を根拠に判断をするという方法で検討したのである。そうして最高裁はThe Restatement (Second) of Agency (1957) 219条2項(d)に定められた代理関係の存在による助力という原則に基づいて、使用者の代位責任の有無を決定すべきであるとしているのである。このような最高裁の判断は、表面的にはハラスメント行為が個人的な動機によって行われるものであり使用者の目的とは無関係であり職務の範囲外と解されるとしても、こうした不法な行為は使用者によって賦与された職場での管理監督する権限を背景として生ずるものであることは容易に判断できるとする見解から導かれているものと考えられる。代理関係の存在による助力という原則に基づいて決定すべきであるとするこうした判決は、解雇・降格といった不利益な雇用上の行為が具体的に実行されなくても、管理職は組織上の権限を利用して容易にセクシュアル・ハラスメント行為を行なえるということから、具体的に行使されなくても部下にとっては「いやいやでも受け入れざるを得ない」という現実的な認識を前提にして判断されたものといえることができるのである⁽³¹⁾。

また管理職の地位にある者が使用者によって委任された権限は採用・解雇・昇格・降格といった現実の雇用上の行為を行なう権限だけではなく、適正な労働環境を作出するという使用者の代理人としての行為も行なうことも含んでいる。管理職にある者はそうした権限を行使して生産性の向上を図り企業利益に貢献することになるのであるから、このような管理職権限の誤用によるは使用者にとってもマイナスとなる。使用者は職場におけるこうした不法行為が起こる可能性を合理的に予測できる最もよいポジションにあるとされる

から、企業経営をするためのコストのひとつとして、都合の悪い行為に対して使用者に負担を割り当てることが正当化されるであろう。こうした理由も管理職にある者のセクシュアル・ハラスメントに対して、職務権限を根拠にその誤用に対して使用者に代位責任を課す理由となったと解することができるのである⁽³²⁾。

管理職によるセクシュアル・ハラスメントに対して使用者に代位責任を負わせるというこうした判決は、対価型と敵対的労働環境型とに区別して使用者責任を論じてきた今までの方法と異なり、公民権法第7編に違反するハラスメントが管理職によって行為されたのか、それとも同僚被用者あるいは顧客といった管理職以外の者によって行なわれたのかによって区別され論じられることになるということを示している⁽³³⁾。

(2) 「現実的な雇用上の行為」概念の導入について

Ellerth判決とFaragher判決は、コモン・ロー上の代理法理を参考に管理職のセクシュアル・ハラスメントに関する使用者責任の問題を代位責任の問題として統一的に捉えていくという判断を取った結果、管理職にある者や管理職権限を有する者が、部下に対して解雇とか降格といった経済的な損失を伴う現実の雇用上の行為を伴わない敵対的な労働環境を作出するいわゆる環境型ハラスメントに対してもThe Restatement (Second) of Agency (1957) 219条2項(d)に定められた代理関係の存在による助力という原則に基づいて、使用者の代位責任を容認したのである。この代位責任はコモン・ロー上厳格責任(strict liability)と解されるから、使用者が知っているあるいは知るべきであったか否かにかかわらず、また迅速な是正措置をとった後でさえも使用者は潜在的に管理職の不法な行為に責任があるとされる。

しかしながら、このような被用者の不法行為に対して使用者の過失の有無を問わずに責任を負うという厳格責任主義をとる代位責任は必ずしも適切な準則であるとはいいきれない。使用者は被用者の

ハラスメント行為の可能性を合理的に予測できる「最もよいポジション」にあり、職場におけるハラスメント行為の防止およびその是正に努めている場合であっても、「使用者の規則や政策を故意に無視する無謀な代理人に対して、誠実な使用者がその責任を負うということは明らかに不公平である⁽³⁴⁾」ことはいうまでもない。また損害賠償についてのコモン・ロー上の平等原理からみても絶対的な責任を課すことは問題となる。さらにこのような考え方はMeritor判決での最高裁の見解や従来の環境型セクシュアル・ハラスメントにおける使用者責任をめぐる裁判例の中で述べられてきた見解とも適合しないのである。

Ellerth判決、Faragher判決の二つの最高裁判決は、Meritor判決にいう「使用者が自動的にあるいは絶対的に管理職の行為に責任を負うわけではない」との見解を根拠にして、使用者の責任を限定しようと考えたのである。このために最高裁判決は、「現実の雇用上の行為」(the significant tangible employment action)という概念を導入した。そして管理職のハラスメント行為を「現実の雇用上の行為を伴うもの」と「現実の雇用上の行為を伴わない敵対的侮蔑的労働環境を作出するもの」に区別して、後者には「積極的抗弁」による使用者に対する免責について検討を行なったのである。こうした「現実の雇用上の行為」という概念を導入して使用者責任を限定しようとする考え方は、二つの判決の翌年1999年6月18日に発令したE.E.O.C.の適用指針(Enforcement Guidance)においても「現実の雇用上の行為に帰着するハラスメントと敵対的労働環境を作出するハラスメントの区別は、代位責任に対して使用者の積極的抗弁を提起できるかどうかを決定することになることから、これらのハラスメントを区別することは有益である」として容認している⁽³⁵⁾。

現実的な雇用上の行為は、「雇用上の地位の重大な変更、たとえば採用、解雇、昇進の停止、全く異なった職務への配置転換、あるいは重大な利益変更を生ずる決定などから構成される⁽³⁶⁾」と定義する。また前述のE.E.O.C.の適用指針によれば雇用上の行為について

次のように述べる。

1. 現実の雇用上の行為は、企業の公的行為を要件とする、企業の公的記録に記載される、上位の管理職による審査を受ける、企業の正式承認および内部手続の利用を要件するということを明示することで、管理職が企業の公的権限によって部下にかかわることを為す手段である。
2. 現実の雇用上の行為は、通常直接経済的不利益を負わせる。
3. 現実の雇用上の行為は、多くの場合、管理職ないし企業の権限を有して行為する者によってのみ為すことのできるものである。

(3) 積極的抗弁による使用者の免責について

Ellerth事件、Faragher事件の二つの最高裁判決は、管理職によるセクシュアル・ハラスメントが現実の雇用上の行為を伴うものである場合は当然のこととして使用者は代位責任を負うとする。さらに現実の雇用上の行為を伴わない場合であっても、そのハラスメントが重大かつ蔓延していた場合には市民権法第7編違反となる違法なセクシュアル・ハラスメントとして、使用者は代位責任を負うとしたのであった。しかしその一方で、この二つの最高裁判決は、違法なセクシュアル・ハラスメントであった場合、最高裁は(1)使用者がセクシュアル・ハラスメント行為の防止及びその迅速な是正のために合理的な注意をなすこと、(2)苦情を申立てた者が、合理的な理由がなく使用者によって設けられた防止ないし是正の機会を利用せず、または被害を回避することを怠ったこと、の二つの要件からなる積極的抗弁を行なうことで代位責任を免責することを認めたのである。

使用者責任を限定することについては特に目新しいものというものではない⁽³⁷⁾が、積極的抗弁による使用者の免責を認めたことは、不明瞭な責任基準およびそれによる訴訟当事者の不満を解消し一定の予測可能な基準を設定したいという最高裁の考え方が表れている

と考えることができる。つまり二つの最高裁判決は、使用者にセクシュアル・ハラスメント行為の防止・是正措置を講じることを求め、また被用者にそうした防止および是正措置の利用を求めることによって、セクシュアル・ハラスメント禁止政策の実現を促進していかうとする政策的考慮があらわれているといえることができるのである。Faragher判決が、第7控訴裁判所長官のポズナー判事(C. Justice R. Posner)の言葉を引用して「セクシュアル・ハラスメントはアメリカの職場でよくおこる問題である」と述べているように⁽³⁸⁾、セクシュアル・ハラスメントに対して厳しい制裁を求め、その防止と是正を求めるためには、そうした行為が起こる可能性を合理的に予測できる立場にある使用者が「最もよいポジション」にあるとされるからであろう。このことはこの二つの判決が、「苦情処理手続で反ハラスメント政策を推進しているとする証明は法の問題としては必ずしもあらゆる場合に必要とはされないが、適切な雇用環境にあるという政策表明があらゆる訴訟で求められる⁽³⁹⁾」と述べ、まずセクシュアル・ハラスメント禁止規定と苦情処理手続を求めていることから理解できるのである。使用者が免責を受けるためには、セクシュアル・ハラスメントに対する政策を有し、すべての被用者に周知徹底させることが不可欠となる。このこともあって「どんな良心的な使用者でも故意に使用者の規則や利害を無視する管理職の行為に対して、厳格責任を負わすことは不合理である。最高裁判所が積極的抗弁を使用者に認めることで代位責任に制約を加えたのは多分こうした理由のためである⁽⁴⁰⁾」と解されている。

5 終わりに

以上述べたように、Ellerth事件、Faragher事件の二つの最高裁判決は、管理職によって作出された敵対的な労働環境に対して、使用者がそのことを知らなかった場合でもまた部下に対する脅しが行われない場合でも、それが悪質な場合には、使用者が合理的な反ハラスメント対策を講じ、被用者がそれらを合理的理由なく利用しな

かったことが証明できない限り、使用者は代位責任を負うということ肯定したものであるが、これらの判決は、従来と全く錯綜していたセクハラに対する使用者の責任をめぐる論議に一定の明確な判断枠組を提供したものであることから、使用者に厳格責任である代位責任を求めていく判決であるにもかかわらず、全米商工会議所も容認するなど使用者側からも好意をもって迎えられているようである⁽⁴¹⁾。しかしながらそれでもなおいくつかの問題点も指摘されている。その一つは、「現実の雇用行為」という概念の不明確さである。判決では職責、利益、地位に関する重大な変更から構成されるというが、これは前述の対価型ハラスメントとして扱われることになる。とすれば、中窪教授の指摘するように「『現実には不利益をもたらす雇用上の行為』を伴う環境型というものを想定しなければ」ならないことになるのである⁽⁴²⁾。次に問題となるのは、使用者責任に対する積極的抗弁における防止および迅速な是正のための「合理的な注意」と「合理的な理由なく」利用せず回避しなかったという二つの合理性の基準も問題となる。合理的な注意をはらわなかった、合理的な理由がなかったということをどのように構成するかについて明確にはなっていないのである。どのような措置をすればあるいはどのような行為をすれば正当化されるかという「合理」「不合理」の判断については今後の判例の積み重ねによって具体化されることになる。3番目に、使用者責任について従来は、対価型と環境型という観点から論ぜられてきたが、これらの判決はセクシュアル・ハラスメントが管理職によって行われたのか、管理職以外の者（たとえば同僚被用者あるいは顧客など）によって行われたかに区分して処理をするとしたことである。このことについて、一般的に管理職が現実的な雇用上の不利益を為す為さないにかかわらず、その意図と目的のすべてから対価型ハラスメントとして扱われ、使用者に代位責任（無過失責任）を負わしていたことを考えると、この区分によってどのような相違が生ずるかについては必ずしも明確ではないのである。さらに管理職と管理職以外の者というこの区別は、セク

シュアル・ハラスメントの行為者が管理職か管理職以外の者かによって使用者責任に対する対応が異なることから、誰が管理職かという明確な定義が必要となるが、判決はいわゆる管理職を「採用、雇用、業務ないし賃金の決定などについての管理監督する権限を有する者」としか定義していないことも問題を残したことになる⁽⁴³⁾。

以上述べたような問題点を含んでいるにもかかわらず、この二つの最高裁判決はセクシュアル・ハラスメント法理の新しい展開をなすものとして注目された。アメリカの職場でよくおこるセクシュアル・ハラスメントに対して厳しい制裁を求め、その防止と是正を求めようとするアメリカ最高裁の意図が良く表れた判決といえよう。

- (1) Burlington Industries, Inc. v. Ellerth 118 S. Ct. 2257(1998)
- (2) Faragher v. City of Boca Raton 118 S. Ct. 2275(1998)
- (3) Jon D. Bible “ Second Generation of Sexual Harassment Law : The Supreme Court Rewrites The Rules for The Workplace.” Labor Law Journal. (Summer 1999)
- (4) 中窪裕也「アメリカにおけるセクシュアル・ハラスメント法理の新展開」ジュリスト1147号10頁（1998）。山川隆一「監督者による環境型セクシュアル・ハラスメントと使用者の責任」労働法律旬報1457号49頁（1999）。林弘子「アメリカにおけるセクシュアル・ハラスメント法理の再検討」日本労働法学会誌94号（1999）などによってすでに研究がなされている。
- (5) Meritor Savings Bank v. Vinson 106 S. Ct. 2399(1986)
- (6) 雇用差別に関する連邦法には、公民権法第7編のほかに「雇用における年齢差別禁止法」「障害を有するアメリカ人法」「リハビリテーション法」「男女同一賃金法」などがある。これらの法律についてはマック・プレイヤー、井口博訳「アメリカ雇用差別禁止法」木鐸社(1997)が詳しく解説している。
- (7) 42 U. S. C. § 2000e - 2(a)
- (8) Equal Employment Opportunity Commission' s Guidelines on Discrimination because of Sex. SEC. 1604. 11 SEXUAL HARASSMENT
- (9) E. E. O. C. の解釈を容認し対価型ハラスメントを公民権法違反となとした最初の判決はBarnes v. Costle 561F. 2d 983 (D. C. Cir. 1994)である。この判決以降、対価型ハラスメントの訴訟については、性に基づき労働者を不当に差別的な条件においたという違法な行為を含むことから裁判所は比較的簡単に容認することとなった。Anne C. Levy; Michele A. Paludi

- “Workplace Sexual Harassment” Prentice Hall(1997) p. p. 16 - 19.
- (10) この間の状況については水谷英夫「雇用における『性的いやがらせ』—アメリカの事例を中心として—」法学(東北大学)50巻6号、上田純子「セクシュアル・ハラスメント(上)—使用者責任を巡る法律論を中心として—」ジュリスト1047号(1994)などによって詳細に論じられている。
 - (11) Vinson事件については、奥山明良「アメリカの働く女性と性的いやがらせ(Sexual Harassment)—ヴィンソン事件を中心に—」成城法学23号(1987)、釜田泰介「性的いやがらせ行為と公民権法第7編—米最高裁ヴィンソン判決の意義—」法学教室75号(1986)などによって詳細に論じられている。
 - (12) Vinson at 2405
 - (13) Vinson at 2406.
 - (14) supra note(9) at 21.
 - (15) Harris v. Forklift System Inc. 114 S. Ct. 367(1993)
 - (16) Harris at 371
 - (17) Harris at 371
 - (18) 42 U. S. C. A. § 2000 e(b)
 - (19) E. E. O. C.'s Guidelines on Discrimination because of Sex. SEC. 16 04. 11 SEXUAL HARASSMENT(c). なおこの規定は1999年6月に新しいE. E. O. C. の適用指針(Enforcement Guidance: Vicarious Employer Liability for Unlawful Harassment by Supervisors)が制定されたために無効となった。
 - (20) Meritor at 2407.
 - (21) 第7連邦控訴裁判所は対価型ハラスメントと認定し、使用者の代位責任を肯定したが、その結論に至る論理はさまざまであった。このことについてはEllerth事件最高裁判決の冒頭で整理して述べている(Ellerth at 2263.).
 - (22) Ellerth at 2259.
 - (23) Ellerth at 2265.
 - (24) 被用者の不法行為に対する使用者の代位責任については、望月礼二郎「英米法〔改訂版〕」259 - 265頁、青林書院(1989)、W. P. Keeton “Prosser and Keeton on The Law of Torts 5th. Ed. p. p. 499 - 508 (1984)
 - (25) Ellerth at 2270.
 - (26) Faragher at 2277
 - (27) Faragher at 2288、法廷意見は「アメリカの職場においてセクシュアル・ハラスメントが共通の問題であるということを知っている」とした第11控訴裁判所長官Posnerの意見を引用して、今日のアメリカの職場における実態を

示唆している。

- (28) Faragher at 2291.
- (29) Faragher at 2292.
- (30) Ellerth at 2263.
- (31) 中窪 前掲注(4)15頁。Faragher判決も「被用者は管理職の一声で吹き飛ばされるという危険から、いやいやでも受け入れざるを得ないのである。……同僚の被用者がハラスメント行為者である場合はそこから離れるかあるいは離れてくれと言うことができようが、……採用、解雇、業務設定、賃金についての管理監督の権限を有する管理職に対してはこのようなことを言うことは難しい」と指摘している(Faragher at 2291)。
- (32) このような考え方はすでにMeritor判決の前にも論議されていた。“Harassment Claims of Abusive Work Environment Under Title VII” 97 Harv. L. Rev. p.p.1460 - 1463 (1984)、K. J. Schoenheider “A Theory of Tort Liability for Sexual Harassment in The Workplace” 134 Univ. of Penn. L. Rev. p.p.1488 - 1489. (1986)
- (33) Robinson, Frink, Reithel, Franklin, “Vicarious Liability for Hostile Environment Sexual Harassment” Labor Law Journal Vol.49 No.8 (1998)
- (34) ibid at 1236.
- (35) Enforcement Guidance: Vicarious Employer Liability for Unlawful Harassment by Supervisors. Note 7.
- (36) Ellerth at 2268.
- (37) supra note (9), (32).
- (38) supra note (27)、前述のEEOCの適用指針(Enforcement Guidance)においても、その序文で、セクシュアル・ハラスメントの申立数が1991年の6,883件から1998年には15,618件に増加しているという。
- (39) Faragher at 2293.
- (40) supra note (33) at 1237.
- (41) supra note(2)
- (42) 中窪 前掲 注(4)。
- (43) E. E. O. C.の適用指針(Enforcement Guidance)は、Supervisorと呼ばれるいわゆる管理職について「現実の雇用上の行為を取扱うことのできる(to Undertake or Recommend)権限」および「被用者の日々の職務(Employee's Daily Work Activities)について監督する権限」から判断しようとする。